



## **Ativismo, hermenêutica e humanização da atividade judicial**

**Autora: Aline Lazzaron Tedesco**

Juíza Federal Substituta

publicado em 28.02.2014

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

Atualmente, muito se tem tratado acerca do ativismo judicial. E não é desarrazoado o aumento da atenção que tem merecido essa temática, pois, desde um período não muito remoto e mais acentuadamente na última década, o Poder Judiciário tem assumido um protagonismo inédito na sociedade brasileira, em decorrência do amadurecimento das diretrizes fixadas em uma relativamente recente Constituição que o eleva a tal posição. Com isso, o papel do juiz e a própria natureza da atividade jurisdicional passaram a ser discutidos, frente às necessárias adaptações que sofreram.

É certo que, com a instituição do Estado Democrático de Direito, o papel do Poder Judiciário, na condição de garantidor da primazia do Direito, agigantou-se. Questões nunca antes tratadas nessa seara vieram a lhe acorrer, e difundiu-se a cultura de que todo cidadão pode fazer valer o seu próprio direito por meio dele. Criaram-se, inclusive, inúmeros mecanismos visando à facilitação do acesso ao Judiciário por toda a população. Assim, modificada a qualidade e a quantidade da demanda judicial, imperiosa foi a necessidade de remodelagem do trabalho do juiz em todos os níveis de jurisdição.

Efetivamente, nas abordagens acerca do tema do ativismo judicial, é prevalente a análise e a consideração da atividade das cortes superiores, mormente tendo em vista a superveniência de mecanismos de objetivação dos julgamentos por elas proferidos, tais como a súmula vinculante, a repercussão geral e os recursos repetitivos. Contudo, o fenômeno não se cinge àquela seara, uma vez que já na primeira instância o juiz se viu, nestes tempos recentes, compelido a ajustar o seu ofício às novas necessidades sociais. E, dada a maior proximidade entre este julgador e a lide a ser solvida, bem como o número expressivamente maior de demandas que se apresentam em tal nível de jurisdição, percebe-se a relevância da análise da temática ora proposta no âmbito desse contexto.

Assim, ainda que as referências que se farão a seguir possam se mostrar aplicáveis também aos julgadores das instâncias superiores, tenha-se que elas se dirigem, nos limites deste trabalho e sobretudo diante da experiência profissional da autora, à atividade do juiz de primeiro grau.

Dito isso, há de se perceber, no decorrer do presente trabalho, que o ativismo judicial não se trata de uma via eleita voluntária, vaidosa ou pretensamente pelo judiciário. Ele é, na verdade, uma adaptação que se impôs àquele poder, diante da evolução das demandas sociais que a ele se apresentam na atualidade.

Neste ponto, é importante destacar que ao se referir ao termo ativismo judicial, nos estreitos limites deste estudo (que não se presta ao esgotamento de análises conceituais), pretende-se aludir ao fenômeno de criação do direito por parte do próprio Poder Judiciário e às tendências interventivas deste na esfera de atuação dos demais poderes.

Considerando este último viés, é fácil compreender os motivos pelos quais o juiz tem adotado, cada vez mais, posturas ativistas. A partir da edição da

Constituição de 1988, contendo um significativo rol de direitos individuais e sociais, e sobretudo diante da cláusula da inafastabilidade da jurisdição que lhes acompanha, operou-se um fenômeno muito expressivo de judicialização desses direitos. Assim, o Judiciário deixou de tratar exclusivamente de temas afetos ao direito privado, de demandas clássicas entre um indivíduo e outro, e de proferir decisões desprovidas de maiores conotações difusas. Agora, matérias que nunca antes se lhe apresentaram, tais como saúde, educação, meio ambiente e cultura, passaram a ser judicializadas. E o Judiciário, sendo chamado a fazer valer o direito expresso na carta política, acaba por intervir na atuação dos demais poderes, ao determinar que sejam cumpridas as disposições constitucionais.

Trata-se, em verdade, do exercício do papel político afeto ao Poder Judiciário. Esculpida com base no sistema clássico de tripartição dos poderes e fundamentada na dinâmica dos freios e contrapesos, a estrutura do Estado, por vezes, chama um poder a servir como uma espécie de catalisador dos demais. Assim, sempre que a Constituição assegurar determinado direito, competirá ao respectivo poder a sua implementação, de modo que o não atendimento à referida diretriz importará em um desrespeito à carta política e, por consequência, à própria saúde do sistema jurídico. Nesse caso, incumbe aos demais poderes uma atuação supletiva, saneadora da lacuna operada, como forma de garantir a validade do preceito. Ou seja: por vezes, em lugar de frear, os poderes independentes devem acelerar ou dar a partida.

É nesse contexto que se opera a atuação ativista do juiz, pois, se jurisdicionar é dizer o direito, tal deve ser feito tanto em relação ao direito violado quanto ao direito que deveria ter sido estabelecido. Isso porque a negação de um direito que deveria ter sido instituído equivale à violação desse mesmo direito, já que em ambos os casos se está diante de um “não direito”.

Bom exemplo disso são as demandas, cada vez mais recorrentes no judiciário, afetas ao direito à saúde. Veja-se: se a Constituição Federal estabelece a universalidade e a integralidade do acesso à saúde, é de se reconhecer que tal acesso integral e universal compõe o patrimônio jurídico de todos os cidadãos do país. Assim, hipoteticamente, se um determinado indivíduo que dispõe em seu poder de certo medicamento do qual depende a sua saúde se vê privado do mesmo por indevida atuação de outrem (que lhe furta, rouba, apropria ou, de qualquer outro modo, desapossa-o dele), terá o seu direito à saúde (ainda que reflexo do direito à propriedade, no exemplo) assegurado pelo Poder Judiciário, que determinará a cessação da conduta daquele que lhe o retirou, de modo a cumprir o preceito constitucional que o garante (hipótese bem ilustrativa das acima referidas demandas clássicas com primazia do direito privado). Esse mesmo preceito constitucional deverá ser igualmente assegurado pelo Poder Judiciário na hipótese de o indivíduo sequer ter podido se apossar do medicamento por inação do Estado, compelindo-o a agir, pois em ambas as hipóteses o que se tem é a violação de uma norma que garante o direito à saúde por meio da integralidade e da universalidade dos serviços.

Veja-se que, nesse exemplo, em ambas as situações hipotéticas o direito à saúde não pôde se realizar, sendo que, no primeiro caso, por desapossamento e, no segundo, pelo não apossamento de determinado medicamento, o que impõe ao Judiciário, respectivamente, uma atuação cerceadora e outra ativista.

Outra hipótese ilustrativa da modificação dos tipos de demandas que se tem apresentado ao Judiciário e que o tem compelido a interferir na seara de competências dos demais poderes é a questão do acesso à educação. A partir da instituição de políticas públicas visando à ampliação de acesso ao ensino mediante ações afirmativas do Estado, o Poder Judiciário passou a ser chamado a intervir na atuação dos demais poderes, mediante o ajuizamento de inúmeras ações que, por vezes, questionam a legitimidade das medidas e, por outras, exigem a sua efetivação. O juiz, assim, em vários casos, se viu obrigado, em nome do atendimento aos preceitos constitucionais, a instar ou cercear a atuação do Estado também nessa matéria.

O que se pode deduzir a partir desses dois exemplos é que a maior ingerência do Poder Judiciário nas áreas afetas aos demais poderes se deveu à evolução da qualidade da demanda que passou a se apresentar. A essência da atividade jurisdicional, contudo, não se modificou, pois o juiz, tanto agora quanto em

tempos anteriores, tem feito apenas valer o direito posto. E, como não poderia deixar de ser, atualmente, a parte do direito posto que tem merecido prevalência é o texto da Constituição Federal.

Neste ponto, chega-se ao outro prisma do fenômeno do ativismo jurídico, conforme acima referido, que é o da criação do direito por parte do juiz. Sob esse aspecto, há de se tratar de hermenêutica jurídica, pois, ao exercer a jurisdição, o juiz estará sempre interpretando. Não há direito sem interpretação, uma vez que, para dizer o direito aplicável ao caso concreto, o juiz deve proceder a uma adequação entre os fatos e as normas. Estas, por vezes, apresentam-se em aparente conflito, incumbindo àquele que julga promover uma integração entre elas, fazendo valer aquela que melhor justiça proporcione.

Portanto, ao interpretar fatos e normas procedendo a uma fusão entre ambos, o juiz está, na verdade, criando, a cada caso julgado, um novo instituto, um híbrido de fato e norma, que será o direito da hipótese concreta. Por isso, sempre que jurisdiciona, o juiz está criando o direito. O direito aplicado não é o mesmo direito produzido pelos Poderes Legislativo e Executivo, generalista e impessoal. O direito aplicado é um novo direito, específico e pessoalizado, inconfundível, portanto, com aquele. Não há, note-se, como se imaginar a atividade jurisdicional sem a aceitação de sua característica produtiva/criadora, pelo que se conclui que o ativismo judicial não é um movimento ou fenômeno recente, mas, sim, parte essencial da própria jurisdição.

E também nesse aspecto do ativismo judicial não se pode deixar de reconhecer o reflexo que o texto constitucional, a partir de sua democratização, passou a gerar. Isso porque, ao exercer a atividade jurisdicional, interpretando o direito, o juiz deve proceder à aferição da norma aplicável e da aplicabilidade da norma aos fatos. Com efeito, a partir do fato posto, o juiz deve identificar qual a norma que melhor se lhe adequa e de que forma ela deverá ser aplicada, de acordo com todas as variações que a realidade pode apresentar. E a Constituição Federal, a partir da sua edição em 1988, representou um novo balizador para essa aferição. Desde então, a eleição da norma e da forma de sua aplicação devem se pautar pela busca do maior atendimento possível às diretrizes constitucionais.

O juiz deve, em respeito à estrutura do sistema jurídico, zelar pela constitucionalidade do direito por si produzido. Deve fazer isso de duas maneiras. Uma delas é por meio da verificação de adequação das normas de direito postas pelos demais poderes para com o texto constitucional (o chamado controle de constitucionalidade difuso) e da consequente não aplicação daquelas que se mostrarem inadequadas. A outra consiste na busca pelo máximo possível de atendimento aos preceitos constitucionais no direito por si emanado, por meio da definição da forma de aplicação de cada uma das normas por si eleitas. O juiz deve, portanto, conferir a maior carga de eficácia constitucional cabível em sua atividade.

Para tanto, há de permear a interpretação do direito com as normas constitucionais. Ele deve proceder à leitura de cada uma das regras que compõem o ordenamento jurídico, utilizando-se do texto constitucional como referência e buscando nelas a forma que melhor traduza as ideias postas na Constituição. Deve buscar concretizá-la ao máximo.

A partir disso, bem se vê que se está diante de mais um elemento determinante da postura ativista do juiz. Se antes, com o primado das demandas clássicas individualistas, a atuação do juiz poderia se exercer satisfatoriamente por meio da aplicação pura e simples das normas jurídicas comuns, a partir da edição da Constituição de 1988 impõe-se ao magistrado uma interpretação cada vez mais criativa do direito.

Até mesmo ao aplicar diretamente o texto constitucional o juiz deve proceder a este exercício. Deve buscar a essência da norma e buscar lhe conferir a maior eficácia possível, sem detrimento, ou com o menor afastamento possível, das demais.

É necessário que se mencione, nessa altura, o grande prestígio que passaram a ter os princípios constitucionais na atividade de interpretação e aplicação do direito. É inegável que, por traduzirem a essência do constitucionalismo vigente,

muito contribuem com a atividade jurisdicional. Com efeito, notadamente a partir da inauguração de conceitos como o do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, alargou-se amplamente a margem de interpretação e criação do direito por parte do juiz, uma vez que se pôde fazer realizar os maiores ideários de justiça, ainda que diante de regras pontualmente impróprias ou insuficientes. Sua aplicação permite a superação de lacunas, a adaptação e a integração das leis.

Contudo, atualmente, já se tem notado o risco de uma utilização desmedida desses princípios. Ainda que se busque realizar o máximo de justiça possível em cada uma das situações pontuais que se apresentam ao juiz, a flexibilização ou relativização excessiva das normas objetivas pode causar uma indesejável insegurança jurídica. Isso porque, sendo estruturada como um sistema, a ordem jurídica não prescinde de regras fixas e pré-definidas, de modo que o intento de atender maximamente aos interesses individuais pontuais pode levar, reflexamente, a um grave prejuízo para toda a coletividade.

Portanto, há de se almejar um equilíbrio entre a aplicação do direito objetivo puro e a flexibilidade dos princípios constitucionais, sempre pautando-se pela observância da unicidade do sistema.

Com isso, pode-se concluir que o juiz deve estar muito atento às modificações operadas na sociedade no decorrer do tempo. Deve se aperceber de que uma norma que se mostra muito salutar em determinada ocasião pode, posteriormente, tornar-se imprópria, inadequada, excessiva ou até insuficiente.

Adotemos o exemplo da legislação e da jurisprudência afetas ao direito do trabalho. Como foram criadas em um período em que havia maciça oferta de força de trabalho e reduzidas oportunidades de emprego, moldaram-se de forma a buscar uma compensação na desigualdade de condições verificada entre as partes dessa relação, tutelando praticamente de forma exclusiva o trabalhador.

Todavia, na realidade atual, o que se verifica é um cenário de vasta oferta de oportunidades de trabalho e, em muitas áreas, escassez de mão de obra. Atualmente, em muitos setores do mercado de trabalho, não se verifica mais, como o era antigamente, a situação de o empregador dispor de vários candidatos a um posto aberto, podendo fazer uma seleção do melhor currículo. Hoje, no mais das vezes, é o profissional que dispõe de várias propostas de trabalho e quem faz uma seleção da vaga que melhor atenda às suas expectativas. Além disso, a instituição de programas de ampla assistência social acaba por gerar uma consequência indesejada, mas inegável, que é o desinteresse de algumas camadas sociais pela situação de empregabilidade. Assim, ainda que não se possa afirmar peremptoriamente que nos encontramos diante de uma realidade de pleno emprego, há de se considerar que o desemprego não é mais um temor profundo a sombrear a vida das famílias do país.

Diante dessa nova conjuntura social, o julgador há de reconhecer que não mais se legitimam as normas trabalhistas protecionistas em excesso, uma vez que elas se destinam a promover uma aproximação de condições na relação de trabalho que a evolução social já se encarregou de operar. Desse modo, ao se lhes aplicar desarrazoadamente, em lugar de se obter um equilíbrio, estar-se-ia gerando um novo desajuste, desta feita, para a outra parte. Logo, a relativização das normas, sua releitura à luz dos princípios que regem a ordem econômica e a livre iniciativa são medidas necessárias ao bom desempenho do ofício de julgar, nessa hipótese.

No mesmo sentido, as regras que regem o sistema tributário bem ilustram a necessidade de verificação, pelo juiz, da adequação social das normas no decorrer do tempo. Criadas em um período de atividade econômica insipiente e de limitadíssimos recursos tecnológicos, contém diversos dispositivos excessivamente protecionistas, rigorosos e pouco isonômicos. Tais dispositivos, na realidade atual, em que a economia se encontra em pleno desenvolvimento, o que gera sucessivos recordes de arrecadação, e em que a evolução dos meios de comunicação e tecnologia reduzem drasticamente as possibilidades de sonegação, devem ser considerados pelo juiz com muita delicadeza.

De tudo o que foi dito, o que se conclui é que, atualmente, a atuação do juiz

deve pautar-se por critérios cada vez mais humanizados. Não se quer dizer, com essa afirmação, que o juiz deva sempre se guiar pelos princípios afetos à dignidade da pessoa humana. É evidente que esse valor deve servir de norte sempre em toda a atuação judicial. Contudo, não é apenas isso. O juiz deve, ao exercer seu ofício, buscar em si o máximo de consciência de que ele mesmo e todos os demais envolvidos em cada uma das demandas que a ele se submetem são seres humanos. Com isso, ele se aperceberá, mais facilmente, de qual é a melhor forma de realizar a justiça no caso concreto, pois, tendo presentes todas as percepções que as vivências nos grupos humanos em que está inserido lhe propiciam, mais limpidamente identificará cada um dos elementos de atuação que se abordou acima.

Com essa consciência humanista, também, o juiz poderá, mais garantidamente, lembrar que cada um dos processos que a ele se apresentam é único para as partes nele envolvidas. Não obstante sua produtividade deva ser medida a partir de dados estatísticos, o juiz não pode, jamais, manejar as ações sob sua jurisdição dessa forma. Deve, é inegável, adequar-se à necessidade de parametrização dos critérios de trabalho e empenhar-se verdadeiramente em atendê-los. Mas jamais poderá deixar de ver cada uma das lides a si postas como a única resposta que deve a cada uma das partes nela envolvidas.

Essa parece ser, portanto, a melhor forma de se realizar a justiça nos tempos atuais: vinda de um ser humano e destinada a outro ser humano.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

TEDESCO, Aline Lazzaron. Ativismo, hermenêutica e humanização da atividade judicial. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em:  
<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Aline\\_Tedesco.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Aline_Tedesco.html)>  
Acesso em: 11 mar. 2014.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS